

ЗНАЧАЈ ОБИЧАЈА У МОДЕРНОМ МЕЋУНАРОДНОМ ПРАВУ – СА ОСВРТОМ НА РАД КОМИСИЈЕ ЗА МЕЋУНАРОДНО ПРАВО**

Сажетак

Обичај, поред међународних уговора спада у главне изворе међународног права, према члану 38 Статута Међународног суда правде. Њихова еластичност и прилагодљивост, како старијим тако и новијим захтевима међународног права, поставила их је и одржала на том месту. У уводном делу рада ауторка настоји да представи обичај као извор међународног права и прикаже значај који обичаји имају. Затим, у другом делу фокусира се на елементе обичаја – праксу субјеката међународног права и свест о правној обавезности и анализира настанак обичајног правила. Осврнуће се и на нове начине испољавања елемената обичаја и на утицај међународних организација – посебно Уједињених нација на формирање и идентификацију обичаја у последњим деценијама, узимајући у обзир развој самог међународног права и појаве нових захтева. Испитује се и улога Генералне скупштине на формирање свести о правној обавезности и како њен рад утиче на формирање обичаја у модерном међународном праву. Ауторка се посебно задржава на раду Комисије за међународно право, испитујући

* Ауторка је истраживачица приправница у Институту друштвених наука у Београду, магстер правница. Електронска адреса ауторке: andjelija.stevanovic21@gmail.com, ORCID: 0009-0002-3157-515X

** Рад је написан у оквиру Програма истраживања Института друштвених наука за 2024. годину који подржава Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

њен допринос у идентификацији обичајних правила, кроз извештаје специјалног известиоца, имајући у виду улогу коју је добила у модерном међународном праву.

Кључне речи: међународни обичај, пракса држава, opinio iuris (свест о правној обавезности), идентификација обичаја, Уједињене нације, Генерална скупштина, Комисија за међународно право.

1. УВОД

Имајући у виду значај обичаја у међународном праву, идеја овог рада је да се анализира начин на који обичаји настају и како се доказује њихово постојање (идентификација) како у традиционалном, тако и у модерном међународном праву. Првенствено, приказује се шта чини елементе једног обичаја и на који начин се идентификују ти елементи, односно како се испољавају – с обзиром на то да обичај представља неписано правно правило, за разлику од међународних уговора. Стога, потребно је утврдити које радње се могу окарактерисати као испољавање елемената обичаја и које услове одређено понашање треба да испуни да би се сматрало обичајним правилом. Нема сумње да су обичајна правна правила нашла заслужено своје место у Статуту Међународног суда правде у члану 38 – појављују се као један од главних извора права за решавање спорова између држава (Милисављевић 2016, 8). Међутим, како се међународно право развија у складу са потребама међународне заједнице, јасно је да је подложно променама, а самим тим су и обичаји доживели извесне промене. Јављају се нови начини за настанак и идентификацију обичаја, који се разликују од начина које је познавало класично међународно право.

Одређену заслугу за то има и Организација Уједињених нација, која као најбројнија међународна организација представља место за испољавање ставова међународне заједнице. Посебно се издваја улога Комисије за међународно право, која се детаљније бавила међународним обичајима, што је јасно пре свега јер је питање идентификације обичаја уврстила у дневни ред 2011. године, на својој 63. сесији, а потом и именовала специјалног известиоца за ово питање (International Law Commission). Поред Комисије за међународно право, велики значај има и Међународни суд правде, као главни судски орган међународне заједнице, који је у свом Статуту, у члану 38, изричито навео обичаје

као један од главних извора права¹ – као што је напред наведено. Не само да их је навео као главне изворе права, већ то својим пресудама, у којима се редовно користи обичајним правом, потврђује у пракси. Тиме што их стално примењује изнова и изнова потврђује њихов значај. Поред Међународног суда правде, у својој пракси су се обичајима користили и *ad hoc* трибунали као што су Трибунал за бившу Југославију (ICTY), Трибунал за Руанду (ICTR), као и Стални Међународни кривични суд. Јуриспруденција ових међународних трибунала, која се бавила широким спектром међународноправних питања, полако је почела да се уздиже у норме међународног обичајног права (Baker 2010, 175). Све наведено указује на чињеницу да међународно право не би постојало без обичајних норми, међутим како би се још боље разумео значај обичаја у међународном праву, неопходно је првенствено дефинисати појам обичаја и објаснити елементе који га чине.

2. МЕЂУНАРОДНИ ОБИЧАЈ – ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ

Међународни суд правде у члану 38 Статута, рекло би се кратко, али и даље прецизно, дефинише обичај као „доказ опште праксе прихваћене као право“.² Опширнију дефиницију обичаја дао је професор Ђорђевић – међународни обичај је став и понашање субјекта међународног права према другим субјектима међународног права у њиховим међусобним односима, а одређен је правним убеђењем (Ђорђевић 1995, 626). То понашање је потврђено у међународној пракси, а праћено свешћу да се врши као право односно да се извршава као обавеза и циљ установљења међународних обичајних правних правила је уређење односа између субјеката међународног права у правцу разрешења и премошћавања насталих спорова и постизања евентуалне заједничке користи (Ђорђевић 1995, 626).

Из наведених дефиниција већ можемо да закључимо шта спада у елементе обичаја – да би се једно обичајно правило могло сматрати извором међународног права, мора да постоји пракса, односно установљено понашање држава (или других субјеката међународног права – о чему детаљније у наставку) у одређеним ситуацијама, које мора бити довољно опште – у смислу понашања већег броја држава и које мора да траје одређени, дужи временски период. Дакле, није довољно да

¹ Статут Међународног суда правде (United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946), чл. 38.

² Статут Међународног суда правде, члан 38.

то понавља мали број чланова међународне заједнице (о једном члану нема ни говора), нити понављање сме да буде повремено, односно испресецано повременим другачијим правилима (Јончић 2015, 75). У том случају не може да се створи опште (универзално) обичајно правило и може да се сматра да је у питању учестала пракса која може да има неки значај, али не и да то буде опште међународно обичајно правило (Јончић 2015, 75). Данас су стандарди за утврђивање опште праксе ублажени у односу на традиционалне обичаје.

Општост се може претпоставити на основу специфичне тежине појединих држава које учествују у пракси (репрезентативности), или ако се ради о одређеној врсти активности (космос, поморско право, међународна зона...) (Милисављевић 2014, 216). Стога захтев у погледу једнообразности понављања не треба схватати дословно, у смислу да постоји потпуна униформност праксе, тако нешто се не може постићи на универзалном плану, где су прилике и услови понекад врло различити, што има за последицу да је и пракса држава често недовољно усклађена (Кривокапић 2012, 44). У том смислу Келзен предвиђа: „обичај који ствара норму општег међународног права обавезну за све државе међународне заједнице, не мора нужно да буде пракса свих држава. Довољно је да га се држи велики број тих држава укључујући и оне које су од посебне важности према својој моћи и култури (Kelzen 1953, 127, нав. према Милисављевић 2016, 55).

Поред општости и универзалности, праксу треба да одликује и дуготрајно понављање тих радњи. У класичном међународном праву дуготрајност понављања је подразумевала да је потребно да прође дужи временски период (више деценија или чак и век) како би се установило одређено обичајно правило. Међутим, у модерном међународном праву захтев временске дуготрајности је знатно снижен, што је потврдио и Међународни суд правде у својој пресуди у случају епиконтиненталног појаса Северног мора: „Мада пролазак само кратког времена није обавезно, или само по себи, препрека за формирање новог правила обичајног права на основу онога што је у почетку било само уговорно правило, неопходан захтев био би, да током периода о коме се ради, како год он био кратак, пракса држава, укључујући и праксу држава чији су интереси посебно погођени, треба да буде обимна и заправо јединствена у односу на одредбе о којима је реч; поред тога треба да читује опште признање правног правила на начин који показује да

је правно правило или правна обавеза опште призната.³ Суд је овом пресудом потврдио да није потребно да прође сувише дуг временски период да би се формирало обичајно правило, у вези са којим је пракса јединствена и уколико се поред праксе испољава и свест о томе да је то правно правило обавезујуће – што свакако представља једну од новина у међународном праву. На овом месту можемо уочити колики је значај обичаја у модерном међународном праву – посебно за наста-нак норми у одређеним гранама међународног јавног права које још увек нису довољно развијене. Превасходно чињеница да је омогућен настанак нових обичаја за јако кратак период времена, уз испуњење одређених услова.

Самим тим, захтев за дуготрајношћу праксе је данас изгубио свој рационални основ, будући да у организованој међународној заједници која је посебно у лицу УН и других међународних организације добила средиште у којима државе могу да расправљају и доносе одлуке о свим питањима од заједничког интереса, пракса као елемент обичаја може се формирати у релативно кратком временском року (Крећа 2018, 92). Ова разлика у погледу дужине рока потребног за формирање праксе као елемента обичајног правила навела је део теорије на поделу обичаја на традиционалне и „инстант“ (или момен-талне) обичаје (Крећа 2018, 92). Подела на традиционалне и инстант обичаје представља још једну новину модерног међународног права, а инстант обичаји имају велики значај у савременом међународном праву. При чему се као пример инстант обичаја готово без изузетака наводи лансирање првог вештачког сателита у свемир (Кривокапић 2012, 47). У наведеном примеру, праксу осликава сама радња лансирања сателита, а свест о правној обавезности осликавају резолуције донете у оквиру Уједињених нација, на седницама на којима је распра-вљано о истраживању космоса.

Приликом дефинисања обичаја напоменули смо да је у питању понашање субјеката међународне заједнице, што подразумева одређене радње. Занимљиво је да то понашање може бити и активно и пасивно – чињење или уздржавање од чињења, али како би обичај могао бити формиран радњама које се састоје у уздржавању од чињења потребно је да се субјекти свесно уздржавају од чињења, да постоји свест о правној обавезности нечињења, односно пропуштања одређене радње.

³ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgement of 20 February 1969, *passim* 77.

Такав став је потврдио и Стални суд међународне правде у својој пресуди у случају Лотус.⁴

Тиме увиђамо важност и неопходност другог елемента, који теоретичари међународног права још називају и субјективним елементом, а то је свест о правној обавезности наведеног понашања. Међународни обичај се посматра као извор међународног права, управо због замисли да уколико државе делују на одређен доследан начин, онда се те државе понашају на такав начин јер имају осећај правне обавезе – назван *opinio iuris* (Baker 2010, 176). Питање свести о правној обавезности је део процеса у коме настају обичаји, а да би се постигла заједничка свест неопходно је да односи држава буду подигнути на један виши ниво (Милисављевић 2016, 68). Тако је пожељно да постоји заједничко веровање, очекивања и разумевања која су предвођена највишим представницима држава учесница у једном обичајном процесу, те се због ових особина обичајног процеса може закључити да се успоставља специфичан заједнички интерес поводом неке праксе и да заједно долази до настанка обавезујуће норме (Милисављевић 2016, 68). Јасно је да је неопходно да постоје ова елемента како би и обичајно правило постојало, али и да постоје обичаји који не садрже елемент свести о правној обавезности, а такви обичаји се називају простим обичајима.

Закључујемо да од обичајног правног правила треба разликовати просте (пуке) обичаје, који у ширем смислу обухватају и правила међународне куртоазije (Крећа 2018, 89). Просте обичаје у светлости наведеног одређења обичајноправних правила одликује одсуство *opinio iuris* (Крећа 2018, 89). Ако се таква правила прекрше, то може да доведе до погоршања односа између држава, али не и до међународноправне одговорности, јер међународно право није повређено (Кривокапић 2018, 132). Напротив, кршење међународноправних обичаја представља кршење међународног права, што отвара питање међународноправне одговорности прекршиоца (Кривокапић 2018, 132).

Процес стварања обичајног права је по много чему специфична правна конструкција, с једне стране, то представља спонтани подухват због чињенице да се државе, односно међународни субјекти, добровољно подвргавају посебној пракси, која је у складу са њиховим интересима (Milisavljević & Čučković 2014, 34). Са друге стране, то је сасвим нетипичан поступак у поређењу са процесом стварања

⁴ Вид. Permanent Court of International Justice, *Lotus case*, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A. No 10.

правила у националном праву будући да подразумева неписано правило (Milisavljević & Čučković 2014, 34). Пошто се ради о неписаним изворима права они своју објективизацију добијају преко одлука суда или путем кодификације када се заправо преливају у уговоре. Због тога је увек било важно утврдити шта су инструменти за доказивање обичаја (Милисављевић 2014, 234). Неопходно је да тим инструментима можемо да утврдимо да је пракса држава материјализована у одређеном облику, као и да ће свест о правној обавезности бити јасно испољена, како би се формирало и препознало обичајно правило.

3. ИНСТРУМЕНТИ ЗА ДОКАЗИВАЊЕ ОБИЧАЈА

Као што је наведено у претходном делу, да би се одређено понашање субјектата међународног права могло сматрати елементом праксе у обичајном праву, неопходно је да такво понашање буде подобно да представља праксу. Увидели смо да је потребно да пракса буде праћена свешћу о правној обавезности, односно субјективним елементом, док са друге стране треба утврдити какво понашање мора бити да би било квалификовано као елемент праксе обичајног правила. Претходно наведено би значило, да не представља свако понашање праксу која се може сматрати елементом обичаја, стога је потребно утврдити инструменте за доказивање обичаја. За разлику од класичног међународног права, савремено међународно право познаје знатно више инструмената за доказивање обичаја, односно, поред држава и међународне организације потпадају под актере чија пракса може бити квалификована као елемент обичајног правила. Традиционални обичаји су настајали у амбијенту чврстог суверенитета држава па је било неопходно да воља државе буде неспорно изражена, док је код модерних обичаја могуће да само неколико држава створи општи обичај који везује читаву међународну заједницу, као што је то случај са космичким правом, као што је наведено (Милисављевић 2014, 241).

Колико је значајно одредити која понашања се могу узети као елемент праксе говори чињеница да је специјални извештац Хадсон у свом извештају навео да су елементи који конституишу доказе међународног обичајног права текстови међународних уговора, одлуке међународних судова, одлуке националних судова, национално законодавство, дипломатска кореспонденција, мишљења националних правних саветника, пракса међународних организација.⁵

⁵ Вид. Hudson 1950, 24–33.

Из истих разлога се испитивањем радњи које спадају у праксу држава бавио и Међународни комитет Црвеног крста, у својој Студији о међународном обичајном праву и навео је да следећи акти спадају у праксу држава: физички и вербални акти држава чине праксу која доводи до стварања обичајног међународног права (Henckaerts, Doswald-Beck 2005). Физички акти, на пример, подразумевају понашање на бојном пољу, коришћење одређеног оружја и третман одређених категорија лица, док вербални акти подразумевају војне приручнике, национално законодавство, националне судске пресуде, упутства за оружане и снаге безбедности, војне службене извештаје у току рата, дипломатске протесте, мишљења званичних правних саветника, коментаре владе на нацрте уговора, извршне одлуке и правилнике, изјаве пред међународним трибуналима, изјаве у међународним организацијама и на међународним конференцијама и позиције које заузима влада у односу на резолуције међународних организација (Henckaerts, Louis Doswald-Beck 2005). Иако је Међународни комитет Црвеног крста у својој студији анализирао углавном правила међународног хуманитарног права, свакако се побројани акти могу сматрати праксом држава за настанак обичаја свих грана међународног права, у смислу оних који су за то подобни.

Такође, Јан Браунли је на сличан начин као Међународни комитет Црвеног крста побројао радње које спадају у праксу држава, и то следеће акте: „дипломатска преписка, политичке изјаве, новински извештаји, мишљења званичних правних саветника која су саопштена јавности, званични приручници о правним питањима, као на пример војни приручници, извршне одлуке и праксе државних органа, коментари влада на нацрте Комисије за међународно право, затим, државно законодавство, пресуде међународних и националних судова, формалне изјаве у уговорима и другим међународним документима који се односе на праксу међународних институција и резолуције Генералне скупштине Уједињених нација које се односе на правна питања, као и акти које усваја Генерална скупштина (Brownlie 2003, 6). Услед динамизације међународних односа увиђамо да су се појавили различити инструменти за доказивање обичаја, па се тако наводе неки потпуно редовни, али и неки потпуно атипични: новински чланци, изјаве посланика у националним парламентима, изјаве на међународним конференцијама, изјаве представника држава у оквиру међународних организација, судске одлуке, закони... (Милисављевић 2014, 241). Чак поједини аутори разматрају да ли се објаве највиших представника

власти на званичном налогу друштвених мрежа као што је „Твитер“ могу сматрати испољавањем воље.⁶ На овом месту такође можемо увидети очигледне разлике између традиционалних и модерних обичаја.

Међутим, чак и када се утврди да елемент праксе постоји, не може се сматрати да је тиме формирано обичајно правило, као што смо навели, за формирање обичаја неопходно је да постоје два елемента, односно да материјални елемент прати субјективни. Како Коскенијемии наглашава: „Функција психолошког елемента је да гарантује да тај обичај није у супротности са либералном теоријом законодавства. Он представља „унутрашњи аспект“ закона који га разликује од једноставне принуде“ (Koskeniemi 2005, 410). Стога се подразумева да је неопходно да се поред праксе идентификује и постојање свести о правној обавезности, како би се испунио и други елемент за формирање обичајног правила. Свест о правној обавезности се може испољавати спровођењем одређених активности од стране међународних субјеката –јавно или прећутно – то сведочи о томе да желе управо такву праксу и да се понашају у складу са том праксом (Драгиев 2023, 24). Са друге стране, свест о правној обавезности се може испољити и путем декларације, у том случају државе путем декларације, која није правнообавезујућа, прихватају да се понашају на одређени начин (Драгиев 2023, 25).

Традиционални обичаји подразумевали су једносмеран процес настанка обичаја – прво је постојала пракса држава која је протеклом времена, а уз испуњеност потребних услова – у смислу формирања свести о правној обавезности, доводила до кристализације обичаја (Милисављевић 2016, 77). У данашње време приликом формирања нових обичајних правила велику, ако не и доминантну улогу играју међународне организације, те је исправан став да правна правила настају на основу аката и резолуција у оквиру Генералне скупштине Уједињених нација (Милисављевић 2016, 77). Ово тумачимо да је могуће у модерном међународном праву да прво настане свест о правној обавезности – кроз резолуције Генералне скупштине, а тек онда да се понашањем држава у складу са резолуцијама развоје и пракса као елемент, о чему ће бити више речи у наставку.

Јасно је да су акти међународних организација од велике важности за формирање и идентификацију међународног обичаја у модерном међународном праву. Посебно улога Организације Уједињених

⁶ За више о томе вид. Green 2022, 1–53.

нација, која због бројности својих чланова и широког спектра питања међународног права које обрађује на свакодневном нивоу, има већи утицај него која друга међународна организација данас. Посебну улогу која је од значаја за међународно обичајно право имају њени главни органи, а највише Генерална скупштина, као и Комисија за међународно право.

3. УТИЦАЈ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА НА МЕЂУНАРОДНО ОБИЧАЈНО ПРАВО

Међународне организације су се афирмисале као значајан актер међународних односа и као неизбежан оквир за вођење међународне политике, и сходно томе, креирање међународног права (Glodić 2019, 145). Због оваквог значаја за одвијање међународних односа, међународне организације су у савремено време препознате као форум унутар којег се могу формирати међународни обичаји релевантни за уређење међународног живота (Glodić 2019, 145).

Уједињене нације (у даљем тексту УН) су међународна организација која је основана након завршетка Другог светског рата и има за циљ одржање мира у међународној заједници. Ова међународна организација почива на идеји колективне безбедности, која је била широко прихваћена још после Првог светског рата, као међународни поредак који заједничком акцијом треба да онемогући агресивну политику сваке од држава чланица (Димитријевић и Рачић 2011, 213–214).

Правно утемељење Организације Уједињених нација почива на Повели УН, која има двоструку природу – с једне стране то је уставни акт Организације у форми мултилатералног уговора, а са друге стране, Повеља није обичан међународни уговор, већ уговор хијерархијски вишег типа од уобичајених конвенција (Крећа 2018, 514). Имајући у виду да су скоро све државе света чланице УН-а, тиме ова међународна организација представља место где се исказује и формира воља међународне заједнице – посебно приликом седница Генералне скупштине. У Генералну скупштину улазе све чланице, које су заступљене са по највише пет делегата и пет заменика. Она има право да се бави свим питањима у оквиру Повеље (Крећа 2018, 216). Подразумевајући да се Генерална скупштина бави и правним питањима, посебно питањима која су актуелна у међународној заједници.

Међународни суд правде је у случају о легалности употребе нуклеарног оружја нашао да: „резолуције Генералне скупштине, иако

нису обавезујуће, могу понекад имати нормативну вредност. У одређеним околностима могу представљати доказ важан за утврђивање постојања правила или постојања свести о правној обавезности, или серија резолуција може указати на постепену еволуцију свести о правној обавезности потребне за настанак новог правила“.⁷ Ако одређена резолуција која је донета великом, па уз то и репрезентативном већином (у смислу да су је подржале најважније државе, да су за њу гласале државе које припадају разним регионима, културама и сл.), констатује да нешто представља право, она може бити узета као доказ о томе да одговарајуће обичајно правило заиста постоји (Кривокапић 2012, 58). Међутим, сама по себи резолуција (чак иако констатује постојање неког правног правила) не ствара обичајно међународно право (Кривокапић 2012, 58). Оно ће бити створено тек ако се докаже да уз резолуцију (која се може узети као доказ о постојању *opinio iuris*-а) постоји и одговарајућа општа пракса (Кривокапић 2012, 59). Овде учавамо, већ наведено, да је процес настанка обичаја у модерном међународном праву условно речено „обрнут“. Прво долази до испољавања свести о правној обавезности одређеног понашања – исказивањем воље на седницама Генералне скупштине, па тек након што се утврди да постоји обавезност одређеног понашања, државе почињу да се понашају у складу са тим и да формирају праксу, а тиме и обичајно правило. Овај такозвани дедуктивни приступ је обележје модерних теорија обичајног права (Милисављевић 2016, 67).

Дакле, обичај настаје у тренутку изгласавања односне резолуције, а тиме и обавеза за све државе да такву праксу праксу следе – такав пример је Декларација о начелима којима се уређује морско дно и подморје изван граница националне јурисдикције из 1970 године (Милисављевић 2016, 78). Посебан утицај имале су и одређене резолуције Генералне скупштине, као што је Универзална декларација о људским правима, које се посматрају као аутоматски обавезујуће јер су представљале консензус међународне заједнице око одређеног питања (Peterson 2017, 363). Горенаведено представља потребне елементе за заснивање одређеног обичајног правила – понашање субјеката међународне заједнице на одређени начин и свест о правној обавезности тог понашања. Међутим, сама Генерална скупштина, иако веома значајан актер у формирању обичајних правила, није се посебно бавила

⁷ International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), July 8, 1996, General List No. 95.

искључиво методама настанка или идентификације међународних обичаја, већ је то питање на себе преузела Комисија за међународно право, као један од органа Уједињених нација задужен за кодификацију и унапређивање међународног права, као и испитивање ситуација које су кључне за тренутни међународни поредак.

4. УЛОГА КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Током својих седница, Генерална скупштина Уједињених нација је направила значајан напредак у кодификацији и развоју бројних аспеката међународног обичајног права посредством међународних уговора и конвенција. Док је Комисија за међународно право (у даљем тексту: Комисија) једно од најважнијих тела створених Резолуцијом Генералне скупштине 1947. године са мисијом да „промовише напредни развој међународног права и кодификација“ (Almakky 2023, 51). Од оснивања до данас, Комисија је знатно утицала на развој међународног права, посебно путем кодификација. Неки од бројних примера позитивног доприноса кодификацији међународног права су: Бечка конвенција о уговорном праву из 1969. године⁸, Бечка конвенција о сукцесији држава у погледу међународних уговора из 1978. године⁹, Правила о одговорности држава за противправне радње у међународном праву из 2001. године¹⁰ Конкретно међународним обичајним правом се Комисија бавила пуних седам година, од 2011. године до 2018. године.

Први пут је Комисија на шездесет трећој седници 2011. године, на основу препоруке Радне групе за дугорочни програм рада, идентификовала тему „Формирање и доказ међународног обичајног права“ за уврштавање у свој дугорочни програм рада.¹¹ Генерална скупштина је резолуцијом 66/98 од 9. децембра 2011. године констатовала укључивање ове теме у дугорочни програм рада Комисије, и Комисија је на шездесет четвртој седници 2012. године званично одлучила да у свој програм рада уврсти ову тему и за специјалног известиоца именује Мајкла Вуда.¹² Међутим, на шездесет петој седници, 2013. године, одлу-

⁸ United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Treaty Series, Vol. 1155.

⁹ United Nations, Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties 1978, Treaty Series, Vol. 46.

¹⁰ United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

¹¹ International Law Commission. 2024. “Summaries of the Work of the International Law Commission Identification of customary international law”. https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml (9.7.2024).

¹² *Ibidem*.

чила је да промени наслов теме са „Формирање и доказ међународног обичајног права“ у „Идентификација међународног обичајног права“ након првог извештаја специјалног известиоца.¹³ Имајући у виду да је почетна идеја била да се испита формирање обичаја и да је питање промењено са формирања и доказа на идентификацију међународног обичајног права говори о томе колико је заправо комплексно. Рад на овом питању је постављен на добрим основама јер није покушано да се изврши кодификација обичајних правила, већ да се идентификују инструменти који служе за детектовање обичаја и да се објасни процедура њиховог конституисања (Милисављевић 2014, 236).

Дакле, циљ испитивања међународног обичајног права од стране Комисије за међународно право био је да се установе условно речено стандарди према којима би се међународна заједница руководила у идентификацији међународних обичаја. Идеја је била да се испитају елементи обичаја и да се на тим основама утврде инструменти за доказивање.

Други извештај специјалног известиоца се фокусирао на два конститутивна елемента правила обичајног међународног права, „општу праксу“ и „свест о правној обавезности“, и предложио 11 нацрта закључака.¹⁴ Састојао се од детаљније анализе праксе и утицаја међународних организација на испољавање праксе, као и на начине за установљивање субјективног елемента поред праксе држава.¹⁵ У другом извештају је видљив напор специјалног известиоца за откривање опипљивих критеријума који би могли да послуже као основа за препознавање постојања субјективног елемента у процесу формирања обичајног права (Milisavljević, Čučković 2014, 39). Након разматрања извештаја Комисија је упутила закључке које је навео специјални извештац Нацртном комитету, чији је даљи задатак био да достави Комисији свој прелиминарни извештај о тој теми.¹⁶

Специјални извештац је наставио темељно да ради на овом питању и поднео је још три детаљна извештаја, у којима је испитивао улогу одлука националних судова у судској пракси међународних судова и трибунала универзалног карактера у сврху утврђивања обичајног међународног права, као и начине и средства за лакшу доступност доказа о обичајном међународном праву, којима су се бавили даље и

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

Комисија и Нацртни комитет, као и други органи Уједињених нација, Радна група, али и владе држава.¹⁷

У складу са чланом 23 свог Статута, Комисија је одлучила да препоручи Генералној скупштини: „(а) да у резолуцији узме у обзир нацрте закључака о идентификацији обичајног међународног права, приложи нацрте закључака уз резолуцију и обезбеди њихово најшире распрострањење; (б) да похвали нацрте закључака, заједно са коментарима на њих, на пажњу државама и свима који могу бити позвани да идентификују правила обичајног међународног права; (ц) да проучи библиографију коју је припремио специјални известилац; (д) да обрати пажњу на меморандум Секретаријата о начинима и средствима за лакшу доступност доказа о обичајном међународном праву, који је испитао стање доказа о обичајном међународном праву и дао предлоге за његово унапређење; (е) да следи предлоге у меморандуму Секретаријата тако што ће: (i) скренути пажњу државама и међународним организацијама на пожељност објављивања прегледа и истраживања њихове праксе у вези са међународним правом, настављања са објављивањем законодавне, извршне и судске праксе држава и пружања подршке постојећим публикацијама и библиотекама специјализованим за међународно право; (ii) затражити од Секретаријата да настави са развојем и унапређењем публикација Уједињених нација које пружају доказе о обичајном међународном праву, укључујући њихово благовремено објављивање; и (iii) затражити од Секретаријата да омогући информације садржане у додацима меморандума о начинима и средствима за лакшу доступност доказа о обичајном међународном праву кроз онлајн базу података која ће се периодично ажурирати на основу информација добијених од држава, међународних организација и других заинтересованих страна“.¹⁸

Резолуцијом 73/203 од 20. децембра 2018. године, Генерална скупштина је узела у разматрање закључке о идентификацији обичајног међународног права, чији је текст био приложен уз резолуцију, са коментарима на њих, скренула пажњу државама и свима који могу бити позвани да идентификују правила обичајног међународног права и подстакла њихово најшире могуће распрострањење.¹⁹ Генерална

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its seventieth session, Vol. 2, 2018, A/CN.4/SER.A/2018/Add.1 (Part 2).

¹⁹ International Law Commission. 2024. “Summaries of the Work of the International Law Commission Identification of customary international law”, *op. cit.*

скупштина је такође признала корисност објављених прегледа и истраживања праксе у вези са међународним правом, укључујући оне који чине законодавну, извршну и судску праксу широко доступном, и подстакла државе да уложе све напоре да подрже постојеће публикации и библиотеке специјализоване за међународно право.²⁰

Чини се да је Комисија постигла циљ свог истраживања у вези са међународним обичајима, међутим то питање ће увек остати актуелно имајући у виду брзину којом се развија међународно право, али и сам значај обичајног права у међународном праву, што утиче на постављање нових захтева пред међународну заједницу и појављивање нових ситуација које је неопходно правно регулисати.

Комисија је наставила и посредно да се бави међународним обичајима, анализирајући друга питања која имају везе са изворима права, па тако и обичајима – као што је то питање о општим правним принципима које је прошле године било на дневном реду Комисије за међународно право.²¹

5. ЗАКЉУЧАК

Обичајна правила имају велики значај у модерном међународном праву, као што смо могли из наведеног да закључимо. Не само да су многи међународни уговори нашли своју основу у обичајним правилима, као што су то рецимо правила дипломатског и конзуларног права или међународног хуманитарног права, већ и поједине „нове“ гране међународног права међународна заједница настоји да регулише управо обичајним правилима, уз међународне уговоре (поморско право, космичко право...). Посебне новине у модерном међународном праву уочавамо када је реч о формирању или идентификацији обичајних правила.

Утврдили смо да се анализом материјалног и субјективног елемента долази до закључка да ли је одређено правило обичајно правило, које се посматра као извор међународног права. Првенствено, у модерном међународном праву се узима у обзир не само пракса држава, већ и пракса других субјеката међународне заједнице, а под тим се превасходно мисли на праксу међународних организација. То понашање мора да има одређене карактеристике – да буде довољно

²⁰ *Ibidem.*

²¹ За више о томе вид. International Law Commission. 2023. "Seventy-fourth Session, General principles of Law". <https://legal.un.org/ilc/sessions/74/> (11.07.2024).

опште (универзално), у смислу да се велики број субјеката понаша у складу са обичајним правилом, и да траје одређени временски период (дуготрајност). На овом месту смо могли уочити разлику у односу на традиционално међународно право, када је захтев дуготрајности схватан у смислу да понашање треба да траје деценијама или вековима, док је у модерном међународном праву тај рок знатно скраћен. У том контексту препознајемо и инстант обичаје као једну новину модерног међународног права, у односу на традиционално, као и значај обичајних правила у контексту нових грана међународног права.

Међутим, можда најзначајнија промена која се на пољу формирања и идентификације обичаја одвија у модерном међународном праву јесте управо учешће међународних организација у обичајном процесу. Као што је приказано, Уједињене нације имају најзначајнију улогу од свих међународних организација, у процесу идентификације обичаја. Учешће скоро свих држава света на седницама Генералне скупштине омогућава лакше испољавање субјективног елемента, иако доношење резолуција само по себи не подразумева формирање обичајног правила, већ само може допринети његовом развоју.

Увидели смо још једну карактеристику обичаја који настају у модерном међународном праву, а то је да се прво кроз резолуције Генералне скупштине испољава свест о правној обавезности неког правила, а након тога се међународна заједница понаша у складу са том резолуцијом и на тај начин испољава и праксу као конститутивни елемент. У традиционалном међународном праву, тај смер је био обрнут – прво је настајала пракса држава, да би се потом испољила свест о правној обавезности.

Рад Комисије за међународно право је допринео повећаној сарадњи, како између органа Уједињених нација, тако и између држава међусобно. Специјални известиоци који су се бавили питањима обичаја посветили су пажњу идентификацији обичајних правила, како би се у будућности иста олакшала и на неки начин ускладила, али самим тим истакли и значак обичајних правила у међународном праву. Оно што је важно за будући рад Комисије, али и целокупне међународне заједнице поводом питања обичаја јесте да се управо због све веће појаве фрагментације међународног права посвети пажња појединачним гранама међународног права и какав утицај развој тих нових грана има на настанак обичајних правила.

ЛИТЕРАТУРА

Димитријевић, Војин и Рачић, Обрад. 2011. *Међународне организације*. Београд: Службени гласник.

Драгиев, Александр. 2023. Концепция и процесс формирования субъективного элемента обычной нормы (*opinio juris*) международного права. *Московский журнал международного права, МГИМО МИД России*, (3), стр. 17–28.

Ђорђевић, Стеван. 1995. Обичај као извор међународног хуманитарног права. *Анали Правног факултета у Београду*, 43(3), стр. 625–758.

Јончић, Владан. 2015. *Међународно хуманитарно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Крећа, Миленко. 2018. *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Кривокапић, Борис. 2012. Обичајна правна правила у међународном праву. *Мегатренд ревија*, 9(3), стр. 35–81.

Кривокапић, Борис. 2018. Обичаји као извор међународног космичког права. *Анали Правног факултета у Београду*, LXVI (3), стр. 129–157.

Милисављевић, Бојан. 2016. *Међународно обичајно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Милисављевић, Бојан. 2014. Ренесанса обичаја у међународном праву. *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 3(1), стр. 214–225.

Милисављевић, Бојан. 2014. Улога обичаја у савременом међународном праву и значај за међународне интеграције Републике Србије. 2014. *Српска политичка мисао*, (4), стр. 233–246.

Almakky, Rawa. 2023. The role of international organisations in the development of international law: an analytical assessment of the United Nations. *Law and World*, , 9(4), pp. 40–66. <https://doi.org/10.36475/9.4.4>

Baker, Roozbeh (Rudy) B. 2010. Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates. *The European Journal of International Law*, 21(1), pp. 173–204. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq015>

Brownlie, Ian. 2003. *Principles of Public International Law*, Sixth edition. Oxford, New York: Oxford University Press.

Glodić, Duško. 2019. Međunarodna običajna pravila u savremenom međunarodnom pravu. *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 9(9), str. 136–150. <https://doi.org/10.7251/GFP1909136G>

Green, James A. 2022. The Rise of Twiplomacy and the Making of Customary International Law on Social Media. *Chinese International Law Journal*, 21(1), pp. 1–53. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmac007>

Henckaerts, Jean-Marie & Doswald-Beck, Louis. 2005. *Customary International humanitarian law*, Vol. 1. Cambridge: International Committee of the Red Cross. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511804700>

Hudson, Manley. 19550. Article 24 of the Statute of the International Law Commission. *Yearbook of the International Law Commission*, 2, pp. 24–33.

Kelzen, Hans. 1953. *Theorie du droit international public*. Paris: Académie de droit international de La Haye, recueil des cours.

Koskeniemi, Martti. 2005. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511493713>

Milisavljević, Bojan & Čučković, Bojana. 2014. Identification of custom in international law. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 62(3), pp. 31–51. <https://doi.org/10.5937/AnaliPFB1403031M>

Petersen, Niels. 2017. The International Court of Justice and the Judicial Politics of Identifying Customary International Law. *The European Journal of International Law*, 28(2), pp 357–385. <https://doi.org/10.1093/ejil/chx024>

ИЗВОРИ ПРАВА

Статут Међународног суда правде (United Nations, *Statute of the International Court of Justice*, 18 April 1946).

United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Treaty Series, Vol. 1155.

United Nations, Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties 1978, Treaty Series, Vol. 46.

United Nations, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, A/56/49(Vol. I)/Corr.4.

СУДСКА ПРАКСА

Permanent Court of International Justice, *Lotus case*, Judgement of 7 September 1927, PCIJ Series A. No 10.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf Cases*, Judgement of 20 February 1969.

ИНТЕРНЕТ И ОСТАЛИ ИЗВОРИ

International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion), July 8, 1996, General List No. 95.

International Law Commission. 2024. "Summaries of the Work of the International Law Commission Identification of customary international law". https://legal.un.org/ilc/summaries/1_13.shtml (9.7.2024).

International Law Commission. 2023. "Seventy-fourth Session, General principles of Law". <https://legal.un.org/ilc/sessions/74/> (11.07.2024).

International Law Commission, Yearbook of the International Law Commission, Report of the Commission to the General Assembly on the work of its seventieth session, Vol. 2, 2018, A/CN.4/SER.A/2018/Add.1 (Part 2).

Andelija Stevanović

THE IMPORTANCE OF CUSTOM IN MODERN INTERNATIONAL
LAW – WITH REFERENCE TO THE ROLE OF THE
INTERNATIONAL LAW COMMISSION

Resume

Custom, along with international treaties, is considered one of the main sources of international law, according to Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. Their flexibility and adaptability to both older and newer demands of international law have established and maintained them in that position. In the introductory part of the paper, the author aims to present custom as a source of international law and illustrate the significance that customs hold. Then, in the second part, the focus shifts to the elements of custom - the practice of subjects of international law and the awareness of legal obligation - and analyzes the formation of customary rules. The author also discusses new ways of expressing the elements of custom and the influence of international organizations, particularly the United Nations, on the formation and identification of custom in recent decades, considering the development of international law itself and the emergence of new demands. The role of the General Assembly in forming the awareness of legal obligation and how its work affects the formation of custom in modern international law is also examined. The author pays special attention to the work of the International Law Commission, examining its contribution to the identification of customary rules, given its creative role in modern international law.

Keywords: international custom, state practice, *opinio iuris* (awareness of legal obligation), identification of customs, United Nations, General Assembly, International Law Commission.